

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Préface

Montero, Etienne

Published in:

La conclusion des contrats électroniques

Publication date:

2013

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2013, Préface. Dans *La conclusion des contrats électroniques: étude de droits africains et européens*. L'Harmattan, Paris, p. 9-14.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Préface

Il m'est particulièrement agréable de présenter l'ouvrage de Monsieur Windpagnangdé Dominique Kabré relatif à la conclusion des contrats par voie électronique.

Après un brillant parcours académique au sein de l'Université de Ouagadougou (Burkina Faso), où il décrocha une maîtrise en droit et un DESS en droit des affaires, W. D. Kabré compléta sa formation à la fois par une licence en Common Law des affaires, suivie à distance à l'Université de Lyon, et par un diplôme d'études spécialisées en droit et gestion des technologies de l'information et de la communication, obtenu avec grande distinction, à l'Université de Namur (Belgique). Grâce à cette riche formation sur les plans juridique et technique, jointe à une précieuse expérience de juriste d'entreprise, il était adéquatement préparé pour affronter le thème choisi pour sa dissertation doctorale, dont est issu le présent ouvrage.

Son choix de défendre sa thèse à la Faculté de Droit de l'Université de Namur témoigne des liens étroits qui unissent, de longue date, notre faculté et son homologue de l'Université de Ouagadougou. Je forme le vœu que, dans les années à venir, cette collaboration entre nos deux institutions puisse se poursuivre et même s'intensifier grâce à la présence de M. Kabré au sein du corps académique de l'UFR/Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Ouaga II.

Il ne me paraît pas opportun de résumer le livre ou d'en dévoiler les conclusions, au risque de rapetisser l'œuvre. Dans mon esprit, le rôle de préfacier est plutôt d'ouvrir l'appétit du lecteur, en indiquant les intentions de l'auteur, la méthode adoptée, les grands axes de son propos, ainsi que l'intérêt et les mérites de l'ouvrage.

Dominique Kabré a relevé un défi audacieux. En témoigne le scepticisme affiché par un collègue lorsque l'intéressé a présenté son projet de recherche au Conseil de faculté : « On a déjà beaucoup écrit sur le sujet. Que va-t-il pouvoir apporter de nouveau ? ». Il est vrai que l'avènement du commerce électronique en réseau fermé, puis son prodigieux essor en réseau ouvert, avait déjà suscité une déferlante d'études prospectives interrogeant l'aptitude du droit commun des obligations et des contrats à faire face aux questions inédites suscitées par ce nouveau mode de contracter. Dans un deuxième moment, des textes normatifs ayant entretemps vu le jour, parurent de nouvelles publications consacrées cette fois à commenter de manière critique, d'abord, la Directive européenne sur le commerce électronique du 8

juin 2000, ensuite, les lois de transposition adoptées, tour à tour, dans les différents États de l'Union.

En réalité, à la faveur de plusieurs circonstances nouvelles, judicieusement mises à profit par l'auteur, le moment était venu de prendre du recul et de livrer une réflexion comparative plus systématique et fondamentale, dans une perspective comparatiste. Une double évolution invitait à un profond renouvellement de la réflexion.

D'une part, on assiste, depuis quelques années, à l'apparition de nouvelles formes de 'commerce dématérialisé', avec l'efflorescence des places de marché électroniques sur la Toile et le développement du commerce mobile. Les premiers textes régissant le commerce électronique sont forcément marqués par le modèle de commerce de l'époque : des contrats conclus soit par échange de courriers électroniques, soit en ligne pour l'acquisition des produits offerts à la vente sur le propre site web du prestataire. Les rôles, obligations et responsabilités des cocontractants sont ainsi envisagés suivant un schéma bipartite, alors que les contrats conclus, à prix fixe ou aux enchères, entre vendeurs et acheteurs, par le biais des places de marché, s'inscrivent dans un schéma tripartite. Se trouve ainsi posée la question de l'adaptation de plusieurs dispositions à ces nouvelles pratiques. Les caractéristiques du commerce mobile et les contraintes spécifiques dans lesquelles il se déploie, obligent pareillement à reconsidérer certaines solutions acquises, notamment quant aux modalités de communication des informations et conditions générales contractuelles ou au lieu de formation du contrat.

D'autre part, l'évolution du cadre juridique du commerce électronique justifiait une nouvelle étude de la matière. À l'échelon européen, on songe non seulement à la Directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, qui consacre des dispositions spécifiques à la conclusion des contrats électroniques, mais aussi à la proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente, qui contient également des dispositions particulières en la matière. Entretemps, à la suite d'autres États africains (Sénégal et Cameroun), le Burkina Faso s'était doté, le 10 novembre 2009, d'une loi portant réglementation des services et des transactions électroniques (LSTE). Par ailleurs, la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) a adopté l'acte additionnel A/SA.2/01/10 du 16 février 2010 portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO.

Dans ce contexte, le projet de D. Kabré était le bienvenu et son hypothèse de travail pertinente. Il a été estimé que les caractéristiques entourant la conclusion de contrats par voie électronique (immatérialité, éloignement des

parties, rapidité et fugacité des échanges, disparition du papier comme support des actes juridiques, interposition d'un outil technologique opaque entre les cocontractants, automatisation du processus de commande...) suscitaient des risques et défis de nature à justifier l'adoption de règles spécifiques. Ces règles propres aux contrats électroniques constituent ce que l'auteur appelle « le droit spécial des contrats électroniques » qui, à son estime, repose sur le postulat suivant lequel celui qui utilise un outil technologique pour faire offre de contrat se trouve en position de force vis-à-vis de son cocontractant.

L'ambition de l'auteur est de vérifier si ce « droit spécial » présente une incidence sur le droit commun de la formation des contrats en manière telle qu'il serait permis de parler *proprio sensu* de « contrat électronique », étant entendu que cette expression désigne, non pas un nouveau type de « contrat spécial », ayant une nature juridique propre, mais un contrat dont le processus de conclusion est soumis à un régime juridique résolument original.

À cet égard, la démarche comparatiste de l'auteur se révèle des plus instructives. Comme le suggère le sous-titre de l'ouvrage, l'étude est centrée sur le droit burkinabè, tout en étant menée à la lumière des droits européen, belge et français. Cette approche s'imposait naturellement étant donné, d'une part, que la loi burkinabè sur le commerce électronique (LSTE) n'avait pas encore fait l'objet d'un commentaire doctrinal de niveau universitaire et, d'autre part, qu'elle s'inspire nettement des droits belge et français, qui, eux-mêmes, sont censés assurer la transposition du droit européen, et singulièrement de la directive 2000/31 sur le commerce électronique.

L'exercice est intéressant en ce qu'il révèle des différences significatives dans ce travail de transposition, lesquelles ne sont pas sans conséquences en termes d'impact des « règles spéciales » sur le droit commun de la formation des contrats. De façon convaincante, l'auteur démontre, par exemple, qu'en droit français et burkinabè, la référence à certains concepts classiques dans les dispositifs légaux destinés à régir spécifiquement la conclusion des contrats par voie électronique a pour effet d'entraîner une dénaturation de ces concepts. Ainsi en est-il des notions d'offre et d'acceptation. Sauf exception (dans les rapports entre entreprises et consommateurs), la même observation ne vaut pas en droit belge dès lors que le législateur s'est gardé, à l'instar de son homologue européen, de recourir à ces concepts dans la « loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information ».

Avec des nuances suivant chacun des droits pris en considération, M. Kabré montre également, arguments et illustrations à l'appui, que le « droit spécial des contrats électroniques » affecte le moment de formation du

contrat (via l'obligation, inédite, d'accuser réception de la commande et par l'effet de l'institution du droit de rétractation) et incite à revoir le critère du lieu de formation du contrat.

On n'est bien sûr pas obligé de suivre l'auteur dans tous ses développements, même si ceux-ci sont toujours solidement argumentés.

Ainsi, il expose que, dans la directive européenne sur le commerce électronique, le fait qu'un professionnel propose, par courrier électronique, une offre de contracter s'analyse comme un « service de la société de l'information » (SSI). On peut objecter que le SSI désigne tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique, à la *demande individuelle* d'un destinataire du service (art. 2, a), et considérant n° 17). Autrement dit, la demande individuelle est un élément constitutif essentiel de la notion de SSI. Or, elle fait défaut dans l'hypothèse envisagée (sur les embarras de l'auteur à ce propos, comp. n° 30, *in fine*, et n° 59, *initio* et *in fine*).

Dans un semblable ordre d'idées, M. Kabré suggère que celui qui poste sur une place de marché électronique une offre de contracter doit être considéré comme un « prestataire de SSI ». À mon avis, cette dernière qualification s'applique au gestionnaire de la place de marché, tandis que les vendeurs et acheteurs doivent plutôt être regardés comme des « destinataires du service », soit des « personne[s] qui, à des fins professionnelles ou non, utilise[nt] un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible » (art. 2, d), *in fine*, de la directive sur le commerce électronique). Le particulier qui, dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé, vend un bien sur une place de marché ne saurait être considéré comme un « prestataire » au sens de la directive. Cette opinion ne souffre pas la discussion et l'auteur la partage. L'exclusion se justifie par l'absence d'activité à caractère économique dans le chef du particulier (sous réserve d'une requalification comme commerçant si le volume des ventes dépasse un certain seuil).

En revanche, l'hésitation est permise dans le cas de l'entreprise qui offre en vente et vend des biens sur une place de marché. Dominique Kabré lui reconnaît la qualité de prestataire de SSI, indiquant, à l'appui de sa démonstration, que certaines obligations mises à charge du prestataire par le texte européen (obligations d'identification, d'accuser réception de la commande, d'informer sur le processus contractuel...) reviennent naturellement à l'auteur d'une proposition de contracter. Sauf en ce qui concerne l'obligation d'identification, on ne saurait lui donner tort sur ce point. La difficulté s'explique par la circonstance que ladite directive fut adoptée à un moment où seuls existaient les sites de commerce électronique

gérés par des commerçants qui offraient, sur leur site, leurs propres produits. D'où la coïncidence, dans le modèle de référence du législateur européen, entre l'auteur de l'offre et le gestionnaire du site considéré comme prestataire de SSI. À défaut d'avoir la maîtrise sur le site de mise en relation, et étant dès lors sans prise sur les éléments techniques, graphiques et organisationnels de ce dernier, le « vendeur professionnel » ne dispose pas vraiment des outils et moyens de s'acquitter des obligations qu'emporte le statut de prestataire. Quoi qu'il en soit, il apparaît discutable de qualifier le « vendeur professionnel » de prestataire. Mais il faut reconnaître qu'on peut échanger des arguments à perte de vue. Rien n'y fait et autant l'admettre ouvertement : la directive sur le commerce électronique est une cote mal taillée pour le cas de figure évoqué tant il est vrai que ses auteurs avaient un autre modèle en tête à l'époque de son élaboration.

En réalité, la question présente une acuité particulière en droit burkinabè car la LSTE fonde, dans un même texte relatif aux contrats, des dispositions issues, d'une part, de la directive sur le commerce électronique, d'autre part, de la directive sur les contrats conclus à distance avec des consommateurs. Il s'en suit que diverses obligations dues par les professionnels dans le cadre d'une offre à distance à l'égard des consommateurs (identification, transparence sur les prix, information sur les caractéristiques du produit ou du service, information sur l'existence ou l'absence d'un droit de rétractation...) supposent que soit conféré aux premiers le statut de prestataire. Tel n'est pas le cas dans les droits européen, belge et français, où les règles sur le commerce électronique et celles sur les contrats à distance ont des champs d'application *ratione personae* bien distincts (comp. n° 39).

L'auteur livre, par ailleurs, une analyse fouillée et originale de la nature juridique du droit de rétractation et de ses effets en matière de contrats électroniques. On peut gager que son opinion suivant laquelle le moment de la formation du contrat est fixé rétroactivement à la réception de l'accusé confirmatif de la commande nourrira, elle aussi, de belles controverses.

Ces brèves considérations n'entament en rien les mérites de la thèse, dont la qualité a été unanimement soulignée par les membres du jury. Manifestement, et ce n'est pas le moindre de ses mérites, l'auteur défend des idées très personnelles, sans jamais céder aux arguments d'autorité. Il conjugue avec un réel bonheur des qualités d'analyse et de synthèse. Pour ce qui est de l'analyse, il possède un art consommé de lire un texte, d'apercevoir des problèmes, de soulever des contradictions et de thématiser une question à propos d'un dispositif, apparemment anodin, auquel personne avant lui n'avait attaché de l'importance. Le lecteur aura tôt fait d'apprécier. Sur le plan de la synthèse, Dominique Kabré révèle une admirable maîtrise du cadre juridique – particulièrement éclaté – du commerce électronique tant

en droit européen que dans les droits burkinabè, belge et français, avec toutes leurs nuances et différences. Il a lu, assimilé et fort habilement exploité une immense bibliographie, sans jamais perdre le fil rouge de son propos.

Au total, l'ouvrage présenté est bien pensé, solidement charpenté, richement documenté et, de surcroît, écrit dans une langue soignée. Il renouvelle la réflexion théorique relative au cadre juridique du commerce électronique et à l'impact de ce dernier sur le droit commun des obligations. À cet égard, il ne manquera pas d'intéresser les chercheurs attentifs à l'évolution de ces matières. L'ouvrage sera aussi utile aux praticiens en quête de réponses précises aux questions épineuses qui se posent à eux dans un domaine du droit encore peu connu. Il constitue, enfin, un précieux outil à disposition des législateurs qui, en Afrique, travaillent actuellement à l'élaboration d'un cadre juridique pour le commerce électronique dans leurs pays respectifs.

Tout en félicitant Dominique Kabré pour l'excellence du travail accompli, il me reste à formuler un double souhait. Puisse cet ouvrage rencontrer auprès des lecteurs le succès qu'il mérite et ouvrir à son auteur les portes d'une carrière académique à la mesure de son talent.

Etienne Montero
Professeur ordinaire à l'Université de Namur
Doyen de la Faculté de Droit